

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.



La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial-CompartirIgual 2.5 Colombia (CC BY-NC-SA 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Compartir bajo la Misma Licencia — Si altera o transforma esta obra, o genera una obra derivada, sólo puede distribuir la obra generada bajo una licencia idéntica a ésta.

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

¿BENEFICIO OCASIONAL O PERJUICIO PATRIMONIAL?

UNA MIRADA CRÍTICA AL ALCANCE DEL PODER DE DISPOSICIÓN CONFERIDO A LAS PARTES, CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 128 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.

Nicolaz Albarracín Coronado¹

Resumen

En la presente investigación jurídica, se pretende analizar por medio del método doctrinal-hermenéutico utilizando el método dogmático-jurídico el límite al poder de disposición respecto a los pagos que convencionalmente, en donde el trabajador y el empleador pueden acordar como no constitutivos de salario. Esto con el fin de que no ingresen a la base de liquidación de prestaciones sociales y no sean tenidos en cuenta en el ingreso base de cotización en el momento de realizar el pago de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión y el detrimento patrimonial que ello conlleva al trabajador. Pues si bien la jurisprudencia constitucional al respecto ha sido cuantiosa, también ha sido bastante vaga respecto a que lo constituye o no salario. En el marco de la supremacía constitucional y los principios rectores del derecho laboral, entre ellos, la irrenunciabilidad a los derechos ciertos e indiscutibles y la primacía de la realidad sobre lo formal.

Palabras clave: Salario, trabajador, empleador, subordinación, contrato de trabajo, facultad, aportes a seguridad social, beneficio ocasional, perjuicio patrimonial, prestaciones sociales, vacaciones.

¹ Estudiante de decimo semestre de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificado con código de estudiante 2104278, con cedula de ciudadanía número 1.018.441.443 de Bogotá. Teléfono:3165764119, email: nalbarracin78@ucatolica.edu.co. Bogotá D.C. Colombia.

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Abstract

In the present legal investigation, it's tried to analyze by means of the doctrinal-hermeneutical method using the dogmatic-legal method the limit to the power of disposition with respect to the payments that conventionally, where the worker and the employer can agree as not constituent of salary. This so that they do not enter into the social benefits settlement base and are not taken into account in the base contribution income at the moment of making the payment of contributions to the social security system in health and pension and the property loss that this entails the worker. For although the constitutional jurisprudence on this matter has been substantial, it has also been rather vague as to whether or not it constitutes wages. Within the framework of constitutional supremacy and the guiding principles of labor law, among them, the inalienability of certain and indisputable rights and the primacy of reality over the formal.

Key words:

Salary, worker, employer, subordination, labor contract, faculty, contributions to social security, occasional benefit, property damage, social benefits, vacations.

Introducción

En el contexto jurídico colombiano, el salario es concebido como elemento esencial de las relaciones de trabajo reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo. A su vez, esté último, es el desarrollado en artículo 53 de la Carta Política, es un tema de cada vez mayor importancia. A raíz de las diferentes reformas laborales acontecidas a lo largo de la historia colombiana. Dentro del estatuto del trabajo en el artículo 128 se regulo que pagos o beneficios que recibe el trabajador estarán exentos de constituir base salarial para efectos de liquidación de prestaciones sociales, vacaciones y cotizaciones al sistema de seguridad social respecto a salud y pensión. Al respecto, los pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha analizado ampliamente, sin embargo, al momento de delimitar el alcance del poder de disposición que tiene el trabajador al pactar, dentro de una relación de trabajo con el empleador, no existe un criterio unificado respecto del cual se pueda establecer sobre que rubros puede renunciar el trabajador convencionalmente en la suscripción de un contrato individual de trabajo. Diferentes a los que el artículo 128 establece taxativamente, es decir, además de las propinas y los gastos de representación, que no son constitutivos de salario.

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

El estatuto del trabajo da la posibilidad para que convencionalmente entre las partes establezcan que será o no salario sin fijar los parámetros para dicha estipulación. Por tal motivo con la presente investigación se pretende determinar:

¿De qué forma la facultad conferida en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo podría lesionar patrimonialmente al trabajador y al sistema de seguridad social?

Teniendo en cuenta que la presente investigación será realizada por medio del método doctrinal-hermenéutico utilizando el método dogmático-jurídico; en la parte inicial se presentará al lector algunas de los modelos de interpretación jurídica. pues son conceptos que se emplearan para el desarrollo del problema que ocupa el presente artículo. Luego, se analizará la regulación constitucional y legal del salario incluyendo las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo y los tratados internacionales ratificados por Colombia. Los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad y se buscará determinar respecto a que rubros es aplicable la autonomía de la voluntad de las partes contenida el artículo 128 del estatuto del trabajo en la celebración de una relación contractual laboral al momento de suscribir la cláusula de pagos que no constituirán salario.

Posteriormente, se analizará cada uno de los rubros que la constitución, la ley, la doctrina y la jurisprudencia han definido como constitutivos de salario desde el orden legal y convencional de cada uno de ellos, el trabajo suplementario o extraordinario, el que se realiza dentro de la jornada nocturna, el día de descanso remunerado y finalmente el trabajo en día de descanso obligatorio y la protección a este elemento esencial.

Luego, se realizará un análisis jurídico de los pagos que por orden legal establece el artículo 128 del estatuto del trabajo, entre ellos primas y/o bonificaciones extralegales, gastos de representación y finalmente los que las partes acuerdan como no constitutivos de salario y se expondrán algunos criterios aplicables en caso de duda respecto a lo que constituye o no salario.

Finalmente, se realizará un análisis práctico del detrimento patrimonial a mediano y largo plazo que sufre el trabajador por estipulaciones contractuales al desconocer el carácter salarial de la contraprestación del servicio incluida en una cláusula del contrato de trabajo respecto a la disminución del ingreso base de liquidación al momento de aplicar las fórmulas para calcular el

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

valor de las cesantías con el sistema de la ley 50 de 1990, intereses sobre la cesantía, prima de servicios y vacaciones. Luego, se analizará la disminución del ingreso base de cotización al sistema de seguridad social en salud referente a la licencia de maternidad, y la incidencia que tiene para el acceso a pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y las modalidades de pensión que ofrece el régimen de ahorro individual con solidaridad para demostrar así la afectación real a largo plazo en el sistema de seguridad social en pensiones.

1. Modelos interpretativos de la dogmática laboral

1.1. Modelo objetivista

En el presente capítulo se analizarán algunos modelos interpretativos dogmáticos, que serán fundamentales para la interpretación sistémica constitucional del artículo 128 del código sustantivo del trabajo. El primer modelo plausible es el desarrollado por Zaccaria (2010) es el objetivista, para él, la interpretación del derecho, tiene su centro en la voluntad del legislador como creador de la norma, esta, a su vez es representada como algo ya dado y completo. De ese modo, se reduce a la aplicación de esta a un procedimiento formal, atendiendo a la supremacía indiscutida de la misma, entendida como la fuente primaria y por excelencia del derecho (pág. 282). La interpretación legislativa entiende que la ley debe fijar claramente los criterios para su aplicación, esto conlleva, que en caso de utilizarse una interpretación no establecida, esta no sería válida en términos jurídicos, sino ha sido incluida previamente por el órgano legislativo, el cual determinara su alcance hermenéutico por medio del procedimiento legislativo (González Oropeza, 1996, pág. 67). La interpretación doctrinal se dedica al análisis normativo cuyo objeto es la explicación de la norma orientada a situaciones en abstracto, es decir, propiamente a la norma o al texto, a situaciones ambiguas o abiertas que presentan los textos normativos. La escuela exegética o de la interpretación literalista es aquella que sujeta a los jueces al tenor literal de la norma de la concepción clásica del derecho, criterio que no es muy acogido y que ha caído en desuso como afirma Gómez (2010), la interpretación normativa no puede realizarse de una forma única debido a su naturaleza abstracta, por lo tanto, el alcance interpretativo debe darse de forma independiente a cada caso concreto de no ser así, supone graves problemas de interpretación de las normas constitucionales (Gómez, 2010) entonces, es preciso aclarar que las anteriores teorías de interpretación normativa pertenecen a la escuela exegética.

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

1.2. Modelo de la interpretación auténtica y dogmático.

Por otra parte, la interpretación auténtica o también llamada operativa se refiere a la que es realizada por cualquier órgano encargado de aplicar el derecho y tiene como objeto a través del análisis del lenguaje normativo llegar a la comprensión, orientada a un problema particular y concreto que requiere solución partiendo desde lo general.

1.3. Modelo de la interpretación hermenéutica.

“es la disciplina y la actividad que se encarga de la interpretación de textos.” (Sánchez, 2011, pág. 341) Para Poggi (2006) la interpretación hermenéutica se refiere a la comprensión como actividad subjetiva la cual es siempre nueva y distinta atendiendo al sujeto que la interpreta, la realidad y el caso concreto del cual se busca solución desde la practica colaborando así a elaborar y redefinir (Poggi, 2006); a su vez señala Alexy (2001) que las normas son universal-abstractas, dentro de ellas se encuentran pocos rasgos y los hechos o supuestos para su aplicación son individuales y concretos siendo entonces necesario que para la resolución del problema cuando sean tomados en cuenta todos los elementos que conforman los hechos y todas las características que revisten la norma a aplicar.

1.4. Modelo de interpretación constitucional.

En Colombia, este proceso da inició con la constitución de 1991 y los derechos fundamentales a través de los cuales se condicionaron o limitaron situaciones que eran definidas por la ley o por los particulares, esta constitucionalización del derecho debe ser entendida como:

“(…) al fenómeno jurídico según el cual “el ordenamiento legal de un país y por tanto el derecho en sí mismo considerado, debe estar regido en su interpretación y aplicación con la Constitución de dicho país. Ello quiere decir que la norma primaria a la cual debe acompañarse en forma obligatoria el derecho del país respectivo debe ser la Constitución.” (Arrieta , 2009, pág. 65)

Una entidad dinámica ya sea desarrollada por vía legislativa, por vía judicial o por vía académica o practica haciendo referencia al ejercicio del abogado litigante, cuenta con los siguientes presupuestos: contenido material, es decir, que dentro de ella existan principios y reglas jurídicas

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

a través de las cuales las conductas están permitidas, prohibidas u ordenadas y que se encuentren soportadas y con fuerza normativa, es decir, con fuerza vinculante por medio de las cuales las actuaciones del estado y de los particulares estén limitadas. Máxima validez jerárquica entendida como que no exista una norma jurídica superior a la constitución, es decir, que las demás disposiciones normativas deban subordinarse a ellas y la garantía de la constitución refiriéndose al conjunto de órganos y procedimientos cuyo fin sea hacer valer la supremacía de la constitución a través de las acciones que la carta contiene. (Suárez, 2014)

Respecto al desarrollo de constitucionalización colombiano, señala Suárez- Manrique que:

“La supremacía de la Constitución da prevalencia a los derechos fundamentales, la existencia de inalienabilidad de los derechos les otorga un plus de permanencia, y la presencia de un mecanismo expedito para hacerlos valer les da una trascendental garantía. Es decir, la Constitución es concebida como norma de normas y se resalta así el hecho de su superioridad sobre las demás disposiciones del ordenamiento jurídico, pues se la dota además de un carácter normativo, mediante el cual puede ser aplicada en alguno de sus apartes, de forma directa por los jueces sin necesidad de desarrollo legal.” (Suárez, 2014, pág. 329)

Para efecto del presente estudio, se abordará desde el proceso de constitucionalización colombiano, el cual, establece la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales sobre las demás normas jurídicas, las cuales deben subordinarse ante esta. Lo anterior sin desconocer la utilidad que representan los diferentes modelos de interpretación jurídica expuestos en este capítulo, pero partiendo de la base de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales

2. Regulación constitucional y legal en las relaciones de trabajo

2.1 Antecedentes históricos del problema

Luego de la breve reseña de algunas de las escuelas de la interpretación jurídica, se abordará el problema de la interpretación legal del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo a través de los preceptos desarrollados por la escuela hermenéutica desde lo contemplado por el artículo 53 constitucional.

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Con la Asamblea Nacional Constituyente y la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991 (a través de la cual se da un cambio de tipo democrático de estado de derecho, que desarrollaba la carta política de 1886 en el cual el estado no tenía un carácter intervencionista en las relaciones de los particulares, ya que en este modelo el centro era el estado) se da paso al estado social de derecho, cuyo pilar esencial es el intervencionismo estatal en las relaciones y negocios jurídicos de los particulares, regulando la libertad contractual entre las partes, donde el sujeto principal de la Constitución ya no es el estado, sino el individuo.(Corte Constitucional, 1992)

En materia laboral, el legislador se ha encargado de limitar el poder de disposición de la parte débil dentro de esta relación, en este caso el trabajador. Quien, al no contar con medios de producción propios, decide vender al empleador su fuerza de trabajo y como contraprestación de la labor que realiza a favor de este, recibe un salario (Marx, 2010, págs. 203-205).

La primacía de la realidad constitucional en la cual se enmarcan las relaciones de trabajo, establece: que aun cuando exista un acuerdo verbal o escrito, donde se establezcan derechos y obligaciones para las partes contractuales, respetando desde luego los mínimos regulados por la ley y la jurisprudencia, primará sobre estas estipulaciones los elementos que concurran en la real ejecución y desarrollo de dicha relación sobre el acuerdo inicial (Gomez, 2007, págs. 18-19). Al respecto, señala la Corte Constitucional que:

“La realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53 de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad.” (Corte Constitucional, 2012)

Es decir, prima la realidad sobre lo formal. Claro ejemplo de este principio, puede vislumbrarse incluso, cuando en el contenido del contrato se pacta expresamente que no existirá subordinación, y que en caso de controversia la solución será regulada por normas de diferente naturaleza a las laborales. Sin embargo, si durante la ejecución del contrato existe subordinación continuada de quien presta el servicio a favor de quien contrata, además de prestar el servicio

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

personalmente y recibir como contraprestación por dicho servicio una suma fija o variable en dinero y/o especie, se presume la existencia de un contrato de trabajo toda vez que los elementos esenciales para la existencia de este, concurrieron durante el desarrollo del objeto contractual. (Wilches & Becerra, 2007)

La carta política en el artículo 53 consagra como principio fundamental, el carácter irrenunciable de los beneficios mínimos que el estatuto del trabajo establece, buscando con esto el mejoramiento de la calidad de vida y la dignidad del trabajador, restringiendo las disposiciones que modifiquen las condiciones laborales en perjuicio del trabajador para la conservación de la dignidad humana de este, lo anterior respecto a los derechos ciertos e indiscutibles. (Villegas Arbelaez, 2002)

Claro ejemplo de la anterior afirmación, es la contenida en el artículo 13 del estatuto de trabajo colombiano el cual consagra que las disposiciones contenidas en él, corresponde al mínimo de derechos y garantías que deben gozar los trabajadores, y que cualquier estipulación contractual que se celebre que no respete estos límites, será ineficaz. Por tanto, será ajustada a los mínimos que el código sustantivo del trabajo establece. Además, el artículo 14 del citado estatuto, contempla la irrenunciabilidad respecto a los derechos y garantías al tratarse de normas de orden público, lo anterior en desarrollo del artículo 53 constitucional, que además de ordenar al legislativo la expedición del estatuto del trabajo para regular las relaciones contractuales, blinda los derechos de los trabajadores constitucionalmente.

El salario, junto a la prestación personal del servicio, y la subordinación o dependencia del trabajador, constituyen elementos esenciales del contrato de trabajo. Esta contraprestación del servicio, además de ser una obligación del empleador que es exigible por el trabajador, constituye el objeto directo del cual depende el sustento del trabajador (Morales, 2007). Para Marx (2010) el salario, es el valor de la fuerza de trabajo el cual es medido por los valores de las mercancías que este necesita para su manutención no debiendo devengar en ningún caso menos del mínimo necesario para su subsistencia, regulado por la oferta y la demanda y por los gastos de producción. Para Obando (2007) La naturaleza jurídica del salario es pública y social, siendo esta la expresión de la relación contractual regulada por la ley, la costumbre y voluntad de las partes. Al ser materia de orden público, los derechos laborales incluidos por el legislador en el

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

estatuto del trabajo son irrenunciables toda vez que constituyen el mínimo de derechos y garantías para el desarrollo del trabajo humano.

Ahora bien, respecto al salario, el estatuto del trabajo en el artículo 142 establece un desarrollo especial a lo contenido en los artículos 13 y 14 del mismo estatuto, señalando en este, la irrenunciabilidad y la prohibición de ceder en todo y en parte la contraprestación del servicio que recibe el trabajador y que es de carácter salarial.

Otro ejemplo del desarrollo del artículo 53 constitucional y a la limitación respecto a la libre estipulación entre las partes contratantes en relaciones reguladas por el código sustantivo del trabajo con respecto al salario, es referente al salario mínimo de acuerdo a lo dispuesto en el citado estatuto en los artículos 145, 156 y 147, al respecto, todo trabajador vinculado por contrato de trabajo que labore 8 horas diarias y 48 horas a la semana recibirá la mínima remuneración que contractualmente puede pactar con su empleador, también conocida como salario mínimo. A su vez esté es fijado por acuerdo de las centrales obreras y los empresarios, o en caso de no concretarse se fijará por decreto presidencial, que regirá por el año fiscal para el que se expide o conviene.

A través de la Convención de Viena de 1969 ratificada por Colombia a través de la Ley 32 de 1985, los convenios producidos por la Conferencia Internacional del Trabajo tienen el estatus de tratados internacionales, toda vez que nacen de la voluntad de la OIT y los estados miembros. Representando los intereses de los trabajadores, empleadores y gobierno. Y como consecuencia hacen surgir obligaciones de carácter jurídico ante la Organización y los demás estados que son parte. (Ostau de Lafont de León, 2015)

Lo anterior, en desarrollo del Convenio 095 de la Organización Internacional del Trabajo que trata el tema del salario. Desarrollado por el artículo 53 Constitucional y el cual, hace parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto, señala la Corte Constitucional que:

(...) todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia fueron integrados a la legislación interna, por disposición expresa del inciso cuarto del artículo 53 de la Constitución. Esto significa que, de manera general, todos estos convenios

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

adquieren el carácter de normas jurídicas obligatorias en el derecho interno por el solo hecho de su ratificación, (...). (Corte Constitucional, 2005)

3. Salario

Dentro del estatuto del trabajo, se define el salario como la retribución no solo ordinaria, fija o variable, ya sea en dinero o en especie, que recibe el trabajador de forma directa como contraprestación de sus servicios, sino todo lo que recibe sin importar la denominación que se le dé, debiendo ser esta, equivalente a la cantidad y la calidad de la labor realizada. (Presidencia de la Republica, 1950)

Para Obando (2007) La naturaleza jurídica del salario es pública y social, siendo esta la expresión de la relación contractual regulada por la ley, la costumbre y voluntad de las partes. Sin embargo, el estado interviene dentro de la elaboración de los principios que protegerán esta contraprestación, garantizando su cumplimiento. De ese modo nacen las obligaciones y el derecho de salario en la relación laboral.

Constituye salario todo lo que corresponda a la retribución del servicio que presta el trabajador, sin importar la forma o denominación que se le dé, por trabajo ordinario o extraordinario, primas, bonificaciones, sobresueldos, comisiones o porcentajes sobre ventas. (Rodríguez, 2002, pág. 13)

Asimismo ocurre con las estipulaciones libres, lícitas y consientes; a través de las cuales, el trabajador y el empleador convienen para el desarrollo y ejecución de actividades establecidas en un contrato de trabajo y respecto de las cuales el trabajador renuncia a pagos periódicos y permanentes recibidos como contraprestación directa del servicio pagadas por el empleador, para que estas no sean incluidas en el ingreso base de liquidación para pago de aportes al sistema de seguridad social, prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones, siempre y cuando dichos pagos a los cuales el trabajador libremente renuncia, no cumplan con las características propias del salario; la tarea de fijar que constituye y que no constituye salario corresponde al legislador, al respecto, señala la Corte Constitucional el alcance de esta obligación en los siguientes términos:

“Es de la competencia del legislador, dentro de la libertad que tiene como conformador de la norma jurídica, determinar los elementos de la retribución directa del servicio dentro

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

de la relación laboral subordinada, esto es, lo que constituye salario, con arreglo a los criterios y principios ya mencionados, lo cual le impide desconocer la primacía de la realidad sobre la forma y mudar arbitrariamente la naturaleza de las cosas, como sería quitarle la naturaleza de salario a lo que realmente tiene este carácter. Igualmente, dicha competencia se extiende a la determinación expresa, respetando los referidos criterios y principios, o deferida a la voluntad de las partes, de los pagos o remuneraciones que no constituyen salario para los efectos de la liquidación de prestaciones sociales. Esto último es particularmente admisible, dado que la existencia del contrato y de los acuerdos y convenios de trabajo como reguladores de las relaciones de trabajo es reconocida por la propia Constitución, en cuanto no menoscaben la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (Corte Constitucional, 1995)

3.1 Elementos que lo constituyen

A continuación, se enunciarán las categorías respecto al salario como elemento esencial del contrato de trabajo que serán de utilidad para el desarrollo de la presente investigación. Aunque, la Corte Constitucional ha señalado que:

“La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario.” (Corte Constitucional, 1996)

3.2 Respecto a su forma de pago

Se clasifica en dinero o en especie. El primero, Entendido como aquel que las partes libremente estipulan en moneda nacional o extranjera. Y el segundo, contemplado por el artículo 129 del estatuto del trabajo y definido como: aquella parte de la contraprestación ordinaria y permanente, que se paga en valores diferentes al dinero, entre ellos: habitación, alimentación o vestuario. Esta forma de salario debe constar por escrito y debe ser evaluada en dinero. A falta de esta estipulación se podrá estimar su valor a través de un dictamen pericial. En ningún caso el salario

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

en especie podrá abarcar la totalidad de la remuneración, pues el trabajador debe recibir por lo menos una parte en dinero, de la siguiente forma:

Cuando la remuneración ordinaria que recibe el trabajador es el salario mínimo legal mensual vigente, el salario en especie no podrá exceder del 30% de este. ahora bien, cuando la remuneración ordinaria que recibe el trabajador supera el salario mínimo legal mensual vigente, no se podrá pactar como salario en especie monto superior del 50% al valor total de la remuneración. Lo anterior conforme a los numerales 2 y 3 del artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo.

3.3 De orden legal

3.3.1 Salario Mínimo

Corresponde a la retribución mínima que debe recibir una persona por prestar sus servicios dentro de la jornada máxima legal de 48 horas semanales y respecto del cual debe cubrir como mínimo, las necesidades básicas del trabajador y su núcleo familiar, al respecto, la Corte Constitucional lo define como:

“El salario mínimo como “el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural”, mandato que está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 53 de la Carta que consagra como uno de los principios mínimos fundamentales en materia laboral el de la “remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”.”
(Corte Constitucional, 2003)

Esta protección especial que recibe el salario mínimo. Respecto a su carácter renunciable e inembargable, armoniza con los principios constitucionales y legales en materia laboral, la Corte Constitucional ha señalado al respecto que:

“Otro mecanismo de protección del salario mínimo y con ello a quienes lo perciben, consiste en su carácter irrenunciable e inembargable. en cuanto a lo primero, se tiene que la fijación del salario mínimo modifica automáticamente los contratos de trabajo en los que se haya estipulado un salario inferior. y en cuanto a lo segundo, se trata de una

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

medida que armoniza con la constitución, “no sólo en lo que hace al artículo 53, el cual garantiza una remuneración mínima, vital y móvil (salario mínimo), sino en relación con el artículo 42, pues la protección del salario no sólo se erige como una garantía para el trabajador, sino para su núcleo familiar”. (Corte Constitucional, 2003)

3.3.2 Salario Ordinario

También llamado básico o fijo. Es aquel que el trabajador recibe de forma periódica, como contraprestación directa de sus servicios, en el cumplimiento de la jornada de trabajo. Ya sea la máxima legal o convencional.

3.3.4 Salario Integral

Constituye una modalidad de salario en dinero, incluida en el ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 50 de 1990. Esta modalidad de salario incluye dos conceptos: la remuneración del trabajo ordinario, y el pago total y anticipado dentro de dicha cuantía, de prestaciones sociales, recargos, subsidios, suministros, trabajo extraordinario, dominical, trabajo nocturno, excepto, las vacaciones. Dentro de esta modalidad, se encuentra la remuneración fija, ordinaria o básica como contraprestación del servicio que recibe el trabajador, y un factor prestacional, que contiene las prestaciones sociales y aquellas reconocidas de forma extralegal por el empleador. (Zuluaga & Trejos, 2011)

Los requisitos formales, para que el pacto de la contraprestación del servicio al trabajador, se realice a través de la figura del salario integral se encuentran contenidos en el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la Ley 50 de 1990. Estos son: que el monto del salario integral no sea inferior a 10 veces el salario mínimo legal mensual vigente, más el factor prestacional, el cual no podrá ser inferior al 30% de dicha cuantía. Que conste por escrito. Al acogerse a esta figura, el trabajador recibirá la liquidación de prestaciones sociales que se causaran hasta la fecha. Lo anterior sin dar por terminado el contrato de trabajo. (Congreso de la Republica, 1990)

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

3.4 Salario Extraordinario o por trabajo suplementario

Es aquella retribución que recibe el trabajador como concepto de las labores realizadas fuera de su jornada ordinaria o convencional, tales como el trabajo en días de descanso obligatorio, recargos nocturnos o de horas extras.

3.4.1 Horas Extras

Son las causadas como consecuencia de la prestación del servicio por parte del trabajador luego de finalizar su jornada máxima legal o convencional. (Chavarro & Cortés, 2016). De acuerdo al artículo 22 de la ley 50 de 1990, “en ningún caso las horas extras diurnas o nocturnas podrán exceder de 2 horas diarias y 12 semanales.”

Luego de la modificación a las jornadas diurna y nocturna en Colombia. Realizada a través de la ley 1846 del 2017 se estableció que:

- “1. Trabajo diurno es el que se realiza en el período comprendido entre las seis horas (6:00 a.m.) y las veintiún horas (9:00 p.m.).
2. Trabajo nocturno es el que se realiza en el período comprendido entre las veintiún horas (9:00 p.m.) y las seis horas (6:00 a.m.).” (Congreso de la Republica, 2017)

Atendiendo a lo anterior y respecto a la hora de ejecución del trabajo extraordinario, las horas extras se clasifican en:

3.4.1.2 Diurnas

Contempladas en el numeral 2 del artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo. Son las causadas entre las 6:00 a.m. y las 9:00 p.m., Al empleador le corresponderá, remunerar a su trabajador con el 100% del valor de la hora ordinaria adicional, más el recargo del 25% por ejecutarse dentro de la jornada diurna.

Es decir, si un trabajador que devenga el salario mínimo legal mensual vigente (\$737.717), y presta sus servicios al empleador 1 hora extra a su jornada convencional o máxima legal, tiene derecho a que le sea pagado \$3.073,8 correspondiente al valor de la hora adicional, más el 25% sobre ese valor. En total, la suma de \$3.842,2.

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

3.4.1.2 Nocturnas

Contempladas en el numeral 3 del artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo. Son las causadas entre las 9:00 p.m. y las 6 a.m. Al empleador le corresponderá, remunerar a su trabajador con el 100% del valor de la hora ordinaria adicional, más el recargo del 75% por ejecutarse dentro de la jornada nocturna.

Es decir, si un trabajador que devenga el salario mínimo legal mensual vigente (\$737.717), y presta sus servicios al empleador 1 hora extra a su jornada convencional o máxima legal, tiene derecho a que le sea pagado \$3.073,8 correspondiente al valor de la hora adicional, más el 75% sobre ese valor. En total, la suma de \$5.379,1.

3.5 Descanso dominical remunerado

Por regla general, y de acuerdo a lo estipulado en el artículo 172 del estatuto del trabajo, el empleador estará obligado a reconocer y pagar, el día de descanso dominical obligatorio. Su duración no puede ser inferior a 24 horas. Esta remuneración, debe ser realizada conforme al artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, su valor será el de un día laboral ordinario y se entiende que se encuentra incluido dentro de la remuneración fija mensual.

En el caso del salario mínimo legal mensual vigente (\$737.717), se entiende que remunera los días de descanso obligatorio del mes.

3.6 Descanso en días festivos

De acuerdo al artículo 177 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la Ley 51 de 1983 son:

“Primero de enero, seis de enero, diecinueve de marzo, primero de mayo, veintinueve de junio, veinte de julio, siete de agosto, quince de agosto, doce de octubre, primero de noviembre, once de noviembre, ocho de diciembre y veinticinco de diciembre, además de los días jueves y viernes santos, Ascensión del Señor, Corpus Christi y Sagrado Corazón de Jesús.” (Presidencia de la Republica, (Congreso de la Republica, 1983)

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

La remuneración en días festivos, será la misma forma al descanso dominical.

3.7 Trabajo Dominical

Son aquellos trabajadores que prestan sus servicios el día de descanso obligatorio, la remuneración por el trabajo dominical, debe liquidarse con el recargo del 75% sobre el valor de la hora que ordinariamente devenga. (Cerón , 2007). De acuerdo a la frecuencia mensual se clasifican en:

3.7.1 Trabajadores ocasionales

Son aquellos trabajadores que prestan sus servicios hasta 2 domingos en el mes. Estos trabajadores, pueden escoger entre la remuneración del trabajo dominical o un día de descanso remunerado en la semana siguiente.

3.7.2 Trabajadores habituales

Son aquellos trabajadores que prestan sus servicios tres o más domingos en el mes, obligatoriamente deben tomar un día de descanso remunerado en la semana siguiente.

En el caso de los trabajadores que cumplen su jornada máxima legal o convencional de lunes a sábado y se ven obligados a prestar sus servicios el día domingo, únicamente percibirán el recargo del 75% por cada una de las horas dominicales laboradas, teniendo en cuenta, que la remuneración ordinaria del día domingo ya está reconocida en concordancia con el artículo 172 del código sustantivo del trabajo.

3.8 Trabajo Extraordinario o Suplementario en día domingo y/o festivo

Entendido como aquel que desarrolla el trabajador en día de descanso obligatorio luego de finalizar su jornada máxima legal o convencional. De acuerdo a la hora de su realización se clasifican en:

3.8.1 Dominicales Diurnas

Son las causadas entre las 6 a.m. y las 9 p.m. del día domingo o festivo. Al empleador le corresponde remunerar a su trabajador con el 100% del valor de la nueva hora, más el recargo

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

del 75% por ejecutarse el día domingo y/o festivo, sumado a ello, el 25% por llevarse a cabo en la jornada diurna, es decir, la totalidad de la remuneración es del 200%. (Cerón , 2007)

3.8.2 Dominicales Nocturnas

Son las causadas entre las 10 p.m. y las 6 a.m. del día domingo y/o festivo. Al empleador le corresponde remunerar a su trabajador con el 100% del valor de la nueva hora, más el recargo del 75% por ejecutarse el día domingo, sumado a ello, el 75% por llevarse a cabo en la jornada nocturna, es decir, la totalidad de la remuneración es del 250%. (Cerón , 2007)

3.9 Recargo Nocturno

Es causado como consecuencia de la prestación del servicio por parte del trabajador en cumplimiento de su jornada máxima legal o convencional dentro de la jornada nocturna. Es decir, entre las 9:00 pm y las 6:00 am la cual se encuentra establecida en el artículo 160 numeral 2 del código sustantivo del trabajo. Al empleador le corresponderá remunerar a su trabajador con un incremento del 35% sobre el valor de la hora de acuerdo a lo establecido en el artículo 168 del estatuto del trabajo. Lo anterior, por ejecutar la labor para la cual fue contratado dentro la totalidad o parte de la jornada nocturna. (Cerón , 2007)

3.9.1 Recargo Nocturno Dominical y/o festivo

Es causado como consecuencia de la prestación del servicio en día domingo y/o festivo por parte del trabajador en cumplimiento de su jornada máxima legal o convencional dentro de la jornada nocturna comprendida entre las 9:00 pm y las 6:00 am la cual se encuentra establecida en el artículo 160 numeral 2 del código sustantivo del trabajo; al empleador le corresponderá remunerar a su trabajador con un incremento del 35% por ejecutar la labor para la cual fue contratado en horas nocturnas, más el 75% por realizarse en día de descanso remunerado, es decir 110% sobre el valor de la hora ordinaria. (Cerón , 2007)

3.10 Viáticos

Son sumas de dinero que el empleador reconoce al trabajador para solventar los gastos en que estos incurren para la correcta ejecución de sus obligaciones contractuales fuera de su lugar

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

habitual de trabajo. Entre ellos, se reconocen gastos de transporte, manutención y alojamiento del trabajador. (Ministerio de Trabajo, 2013)

El artículo 130 del estatuto del trabajo, establece que siempre que se paguen, deberá especificarse el valor de cada concepto respecto del cual se reconocen. Los gastos de transporte, además de los gastos de representación no constituyen salario. Lo anterior, debido a que no ingresan al patrimonio del trabajador, ni son una contraprestación directa que recibe el trabajador por sus servicios.

Constituyen salario, cuando tienen el carácter de permanentes o habituales. Respecto a lo que se destina a cubrir las necesidades de alojamiento y manutención del trabajador. El carácter de habitualidad de los viáticos debe entenderse como aquellos que no se dan con un motivo de una necesidad extraordinaria, poco frecuente o no habitual. (Cerón , 2007)

4. Pagos que no constituyen salario

El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que no constituye salario lo recibido por el trabajador por mera liberalidad de su empleador, además, de lo que recibe para desempeñar a cabalidad las funciones del objeto contractual de la relación laboral, entre ellos, gastos de representación, propinas (por no ser pagadas por el empleador), medios de transporte, entre otros. Esta distinción obedece a que estas sumas no ingresan al patrimonio del trabajador, sino que son suministradas con ocasión de la ejecución de la labor

Algunos de los criterios orientadores, que tienen como fin determinar, si la naturaleza de los pagos o beneficios que recibe el trabajador constituyen o no salario, son: el carácter retributivo u oneroso: entendido como la contraprestación directa por el servicio que presta el trabajador. La no gratuidad o liberalidad, es decir, pagos ocasionales. El ingreso al patrimonio del trabajador de los pagos: descartando así los medios de transporte o elementos de trabajo como constitutivos de salario, y la habitualidad o permanencia en el pago, es decir, la periodicidad de los pagos. (LEGIS S.A, 2012, pág. 257)

Al respecto, existe un criterio respecto a la finalidad del pago como criterio orientador de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha señalado: “(...) los beneficios que el trabajador obtiene del empleador se originan todos en el servicio que presta, la distinción de la

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

naturaleza jurídica entre unos y otros no debe buscarse en su causa sino más bien en su finalidad, la cual si permite determinar claramente los diferentes conceptos.” (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, 1993)

A pesar de lo anterior, es común en la celebración de contrato individuales de trabajo. Sea incluida la cláusula de pagos no constitutivos de salario dentro de la cual, además de incluir los pagos que taxativamente se encuentran consignados en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, de forma libre, las partes acuerdan que lo devengado por el trabajador en trabajo extraordinario o suplementario, trabajo en dominicales y festivos y demás sumas periódicas que ingresan al patrimonio del trabajador como contraprestación del servicio y de las cuales puede disponer libremente, lesionando así, patrimonialmente al trabajador no harán parte de este rubro. A pesar de ello, existe un límite legal al respecto. Por lo tanto, cuantía máxima de pagos no constitutivos de salario regulada por la ley 1393 de 2010. Este límite es del 40% del total de la remuneración.

Desafortunadamente el desarrollo jurisprudencial y legal de los pagos que convencionalmente no constituyen salario en los contratos de trabajo, no han sido del todo delimitados y aclarados, y muchas veces se ha dado primacía al acuerdo entre las partes sobre la realidad en materia laboral y al carácter de irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, en este caso el salario, constituyendo así un perjuicio patrimonial para la parte subordinada de la relación.

Al respecto, señala la Corte Constitucional que:

“El principio de irrenunciabilidad de los beneficios laborales se apoya en el mejoramiento constante de los niveles de vida y en la dignificación del trabajador. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público. Los derechos y prerrogativas en ellas reconocidos se sustraen a la autonomía de la voluntad privada, por lo que no son disponibles salvo los casos exceptuados por la ley. La imposibilidad constitucional de modificar las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador tiene sustento en el carácter esencial de estos beneficios para la conservación de la dignidad humana.” (Corte Constitucional, 1995)

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

4.1 Auxilio de transporte.

Es la cantidad de dinero que por ley el empleador debe reconocer a sus trabajadores que devenguen hasta dos veces el salario mínimo legal mensual vigente (\$1.475.434). Con el fin de suplir el transporte desde su lugar de residencia hasta las instalaciones donde prestaran el servicio. Esta suma de dinero, es fijada anualmente a través por medio de la ley. por lo anterior, el auxilio de transporte no tiene naturaleza salarial ni es una prestación social, sin embargo, se entiende incorporado al salario para efectos de liquidación de prestaciones sociales de acuerdo a lo ordenado por la ley 15 de 1959. (Gomez, 2007)

5. Incidencia de los pagos que no constituyen salario en la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones.

Para efecto de liquidación de prestaciones sociales, la legislación laboral establece que se debe tomar como salario base de liquidación el último salario devengado por el trabajador. Si existe variación en los últimos 3 meses, deberá tomarse el promedio del último año. (Presidencia de la Republica, 1950). Este valor será determinado a su vez, por el trabajo extraordinario o suplementario, viáticos, comisiones y deberá incluirse el auxilio de transporte (en caso de tener derecho a este) rubros que serán sumados al salario ordinario.

Se realizarán ejemplos respecto a la liquidación de cesantías, intereses sobre la cesantía con el sistema de la Ley 50 de 1990, primas de servicio y vacaciones, con un tiempo de servicio de 360 días entre el trabajador 1, que devenga un salario de \$2.000.000 y el trabajador 2, que devenga un salario de \$1.200.000 más una suma no constitutiva de salario de \$800.000 (aplicando el límite legal del 40% no constitutivo de salario). Esto con el fin de demostrar el detrimento patrimonial para el trabajador de los pagos que no constituyen salario.

5.1 Auxilio de cesantías

Esta prestación social, la recibe el trabajador al finalizar el contrato de trabajo sin importar la causa. Esto tiene como fin, que pueda solventar sus necesidades y las de su núcleo familiar, mientras consigue un nuevo empleo o mientras se encuentra cesante.

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Aplicando la fórmula para liquidación de cesantías con el sistema de la Ley 50 de 1990 (salario x tiempo de servicio / 360 días); la liquidación de cesantías del trabajador 1 corresponderá a: $\$2.000.000 \times 360 \text{ días} / 360 = \$2.000.000$. A su vez, la liquidación del trabajador 2 será: $\$1.200.000 + 83.140 \text{ (auxilio de transporte)} \times 360 \text{ días} / 360 = \$1.283.140$.

De igual forma ocurre en la liquidación de las demás prestaciones sociales. A pesar de que los trabajadores 1 y 2 reciban una suma igual mensualmente. Al quitarle el carácter salarial a la suma de \$800.000 al trabajador 2 se le liquidará únicamente sobre \$1.200.000.

5.2 Intereses a las cesantías

Todos los empleadores, están obligados a cancelar a sus trabajadores, interés legal del 12% anual o del 1% mensual sobre el valor de cesantías que el trabajador tenga acumulado a 31 de diciembre de cada año. Además de ser legales, estos intereses se distinguen de intereses o rendimientos financieros que los fondos de cesantías reconozcan al trabajador, sobre el monto del capital acumulado por concepto de cesantías. (Ministerio de Protección Social, 2008)

Aplicando la fórmula para liquidación de intereses de cesantía (cesantía x tiempo de servicio x 0.12 / 360 días); la liquidación de intereses a las cesantías del trabajador 1 corresponderá a: $\$2.000.000 \times 360 \text{ días} \times 0.12 / 360 = \240.000 . A su vez, la liquidación del trabajador 2 será: $1.283.140 \times 360 \text{ días} \times 0.12 / 360 = \$153.976,8$.

5.3 Prima de servicios

Establece el Código Sustantivo del trabajo en el artículo 306, que el trabajador tiene derecho a participar de los rendimientos que obtiene el empleador por la prestación del servicio, pero no de las pérdidas. Esta prestación social, corresponde al pago de 30 días de salario por año de servicio, pagadero en dos partes iguales. La primera, el 30 de junio, y la segunda, el 20 de diciembre. (Presidencia de la Republica, 1950) La naturaleza jurídica de la prima de servicios es que esta prestación social, es un reparto de utilidades. (Gomez, 2007)

La fórmula para liquidación de la prima de servicios es igual a la utilizada para calcular las cesantías (salario x tiempo de servicio / 360 días); la liquidación de prima de servicio del

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

trabajador 1 corresponderá a: $\$2.000.000 \times 360 \text{ días} / 360 = \$2.000.000$. A su vez, la liquidación del trabajador 2 será: $\$1.200.000 + 83.140 \text{ (auxilio de transporte)} \times 360 \text{ días} / 360 = \$1.283.140$.

5.4 Vacaciones

No son una prestación social ni constituyen salario. La naturaleza jurídica de las vacaciones es que son un descanso remunerado. Este tiempo de descanso, tiene como finalidad la recuperación de fuerzas. Por un año de servicio el trabajador, tiene derecho a disfrutar de 15 días hábiles de descanso remunerado. Para la liquidación de vacaciones no incluirá el auxilio de transporte, toda vez que en los días de descanso remunerado, el trabajador no va a prestar el servicio y por lo tanto, no se causa el auxilio. (Cerón , 2007)

La Corte Constitucional define las vacaciones como:

“las vacaciones constituyen un derecho del que gozan todos los trabajadores, como quiera que el reposo es una condición mínima que ofrece la posibilidad de que el empleado renueve fuerza y la dedicación para el desarrollo de sus actividades. las vacaciones no son entonces un sobre sueldo sino un derecho a un descanso remunerado” (Corte Constitucional, 1997)

Aplicando la fórmula para liquidación de vacaciones (salario x tiempo de servicio / 720 días); la liquidación de vacaciones del trabajador 1 corresponderá a: $\$2.000.000 \times 360 \text{ días} / 720 = \$1.000.000$. A su vez, la liquidación del trabajador 2 será: $\$1.200.000 \times 360 \text{ días} / 720 = \600.000 .

6. Incidencia de los pagos que no constituyen salario en el ingreso base de cotización al sistema de seguridad social en salud y pensión.

A continuación, se mostrará el detrimento patrimonial que sufre el trabajador, por los pagos no constitutivos de salario que convencionalmente suscribió con el empleador. El estudio se realizará respecto a los porcentajes de cotización al sistema de seguridad social y a las contingencias que este cubre.

6.1 Salud

Respecto a la cotización al régimen contributivo en el sistema general de seguridad social en salud, la Ley 1122 de 2007 establece que será del 12.5% del salario y que dicha cotización se

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

realizará 4% a cargo del trabajador y 12.5% el empleador. La afiliación, cubrirá entre otros, las incapacidades por enfermedad o accidente de origen común y la licencia de maternidad. Sobre la base de cotización se cancelarán al trabajador o trabajadora las incapacidades y licencias que el sistema de salud prevé.

6.1.1 Licencia de maternidad

Con la entrada en vigencia de la Ley 1822 de 2017 se incrementaron de 14 a 18 el número de semanas que la trabajadora empezará a tomar preferiblemente desde dos semanas antes a la fecha probable del alumbramiento. Respecto al encargado de pagar la licencia de maternidad a la trabajadora en estado de embarazo, la Corte Constitucional señaló: “el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes.” (Congreso de la Republica, 1993)

Respecto a la finalidad de la licencia de maternidad, la Corte Constitucional ha precisado:

“una de las finalidades de la licencia por maternidad tiene como objeto velar por la satisfacción del derecho al mínimo vital de la madre y/o de su hijo, pero no puede ser entendida esta finalidad en el sentido de que la ausencia del hijo excluya a la madre del derecho, ya que esta interpretación es contraria a la protección especial que la Constitución le brinda a la mujer y a la maternidad.” (Corte Constitucional, 2008)

Para el pago de la licencia, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo establece que se tomará el último salario devengado por la trabajadora al momento de iniciar dicha licencia; en los casos de salario variable se tomará el promedio del último año, o de todo el tiempo si llegare a ser menor. Para reconocer el detrimento patrimonial que sufre la trabajadora, se expondrá a través de los siguientes ejemplos: la trabajadora 1 que devenga un salario de \$2.000.000, sobre esta cuantía se realizará el pago de la licencia, es decir que, por los 126 días de licencia de maternidad, recibirá la suma de \$8.400.000. En el caso de la trabajadora 2 que devenga un salario de \$1.200.000 con un pago mensual no constitutivo de salario de \$800.000 solo se tomará el valor de la remuneración ordinaria, quitándole así el carácter salarial al pago mensual que convencionalmente se estableció con una denominación diferente a salario. Por lo anterior, por

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

los 126 días de licencia de maternidad, recibirá la suma de \$5.040.000; una diferencia considerable de \$3.336.000.

6.2 Pensión

El sistema general de pensiones, tiene como fin, precaver las contingencias de invalidez, vejez y muerte. Atendiendo a lo ordenado por la Ley 797 de 2003, el ingreso base de cotización a pensión será calculado conforme a los parámetros contenidos en el Código Sustantivo del Trabajo (es decir, con base al salario y los elementos que lo constituyan reconocidos en el contrato individual de trabajo). Lo anterior, en concordancia a lo ordenado en el artículo 5, que modifica el artículo 18 de la Ley 100 de 1993. Actualmente, la cotización es del 16% del salario y se realizará 4% a cargo del trabajador y 12.5% del empleador.

Los recursos que ingresan al sistema de seguridad social a través de las cotizaciones, es decir, recursos tributarios de naturaleza parafiscal, pertenecen exclusivamente a este y no a la Nación ni a las entidades que administran estos recursos. (Cerón, 2007)

A continuación, se enunciará sucintamente, las implicaciones patrimoniales respecto a la expectativa de los trabajadores vinculados por contrato de trabajo de acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, y en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

6.2.1 Pensión de vejez

En el régimen de prima media con prestación definida, (a cargo de colpensiones) el trabajador debe completar 2 requisitos: semanas de cotización (1300 semanas) y edad (mujeres 57 años y hombres 62 años) que, al completarlos, tendrá derecho

Ahora bien, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, (a cargo de los fondos privados de pensiones) el trabajador debe reunir un capital mínimo que será consignado a la cuenta de ahorro individual generándole rendimientos. Para acceder a las modalidades de pensión de vejez que este régimen ofrece, y de acuerdo a lo ordenado por el artículo 64 de la Ley 100

“Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.” (Congreso de la Republica, 1993)

Continuando con los ejemplos que se han venido desarrollando para demostrar el perjuicio patrimonial que genera al trabajador las clausulas convencionales no constitutivas de salario; en el régimen de prima media, las cotizaciones del trabajador 1 serán sobre \$2.000.000, mientras que el trabajador 2, las realizará únicamente sobre \$1.200.000. Al momento de completar los requisitos para acceder a pensión de vejez, y luego de tomar el salario de los 10 últimos años e indexarlos, el ingreso base de liquidación para calcular la mesada pensional, perjudicará gravemente al trabajador 2.

Ahora bien, en el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad, al requerir el monto mínimo de 110 veces el salario mínimo legal mensual vigente en el que solicite acceder a las modalidades de pensión que este régimen contempla, es claro, que el trabajador 1 realizando cotizaciones sobre \$2.000.000 completará el capital mucho más rápido que el trabajador 2 quien realiza cotizaciones únicamente sobre \$1.200.000.

Respecto a las pensiones de invalidez y sobrevivientes, correrán la misma suerte de la pensión de vejez, toda vez que el ingreso base de liquidación para efectos de calcular el valor de la mesada pensional, es directamente proporcional al ingreso base de cotización

A primera vista, el trabajador 2, quien pacto con su empleador un pago no constitutivo de salario de \$800.000 recibe la misma cantidad de dinero mensualmente que el trabajador 1, sin embargo, es acertado definirlo como un beneficio ocasional, toda vez que esta remuneración mensual (al igual que el trabajador 1) es la mínima necesaria para solventar sus necesidades y las de su familia, es decir, constituye su salario mínimo vital y móvil que guarda correlación con lo preceptuado por la teoría de la constitucionalización del derecho, y respecto al cual, la Corte Constitucional ha señalado:

“Si bien ciertos criterios económicos permiten fijar un salario mínimo, como base ineludible para la negociación colectiva o individual del salario entre las partes de una

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

relación laboral, ésta es una medición que no agota el aludido concepto de mínimo vital protegida por la Constitución, ni puede identificarse con él sin dar al traste con la cláusula del Estado Social de Derecho y desnaturalizar el principio de igualdad. En efecto, cada individuo que ingresa al mercado laboral -independientemente del estrato que ocupe-, recibe una retribución económica que, en principio, constituye la base de los gastos de manutención que plausiblemente espera cubrir y de las carencias que aspira superar. De ahí, que la idea de un mínimo de condiciones decorosas de vida (v.gr. vestido, alimentación, educación, salud, recreación), no va ligada sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus particulares condiciones de vida.” Corte Constitucional, 1999)

Al renunciar libremente a parte de su salario, el perjuicio patrimonial al momento de liquidar prestaciones sociales, o ser acreedor de los beneficios o auxilios por la ocurrencia de las contingencias que el sistema de seguridad social en temas de salud y pensión, el trabajador se verá gravemente menoscabado.

Con la limitación que el legislador hace a los pagos no constitutivos de salario, tácitamente autorizó al fenómeno que abarca la presente investigación. Toda vez que los pagos que recibe el trabajador que por su misma naturaleza no constituyen salario por ser entregados con la única finalidad de que el trabajador cumpla a cabalidad con el objeto del contrato individual, o que no sean una contraprestación directa al servicio que este presta ni estén destinados a enriquecer el patrimonio del trabajador, resulta inútil y malintencionada tal limitación, y desemboca en un perjuicio grave al patrimonio de la parte débil de la relación laboral y la de su núcleo familiar. Tal es el caso de los trabajadores cuyos gastos de representación y transporte en la ejecución del contrato de trabajo excedan tal cuantía.

Conclusiones

1. Respecto a los pagos que no constituyen salario. La primacía de la realidad y el carácter de irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles, limita el poder de disposición

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

de las partes al momento de quitar la calidad de elemento salarial a las sumas de dinero o demás beneficios que reciba el trabajador como contraprestación del servicio que presta.

2. El salario, goza de la protección constitucional y legal. Por lo cual, las estipulaciones que desconozcan los rubros salariales de cualquier tipo, se entenderán como no escritas. Por lo tanto, ineficaces.
3. Salario es todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie como contraprestación del servicio que presta al empleador. Horas extras, trabajo dominical, recargo nocturno, comisiones, los viáticos destinados a cubrir alojamiento y alimentación y demás sumas sin importar su denominación que tengan como fin retribuir el servicio prestado, e ingrese al patrimonio del trabajador para enriquecer su patrimonio.
4. La estipulación de la cláusula de los pagos que no constituyen salario en la celebración de un contrato individual de trabajo está limitada a la primacía de la realidad en materia del salario, es decir, no se puede pactar en ella lo que por su naturaleza es salario.
5. Las estipulaciones contractuales malintencionadas respecto a los pagos que no constituyen salario lesiona gravemente al trabajador y al sistema de seguridad social, teniendo en cuenta que la base para liquidar prestaciones sociales y vacaciones, solo será calculada del salario básico u ordinario.
6. Los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión son afectados al recibir menores aportes respecto a la cuantía real del ingreso base de cotización del trabajador.
7. Las contingencias que cubre el sistema de salud a los trabajadores, entre ellas incapacidades de origen común y la licencia de maternidad son inferiores al valor real de devengos del trabajador perjudicándolo patrimonialmente.
8. El patrimonio del trabajador se ve menoscabado al recibir la pensión de invalidez o vejez, toda vez que al realizar el cálculo actuarial para calcular el ingreso base de liquidación, solo se tendrá en cuenta el salario sobre el que realizó la cotización, sin tener en cuenta los rubros constitutivos de salario a los que el trabajador “libremente” renunció.
9. Las relaciones contractuales laborales (o la mayoría de ellas) se asemejan a los contratos de adhesión, es decir, el trabajador debe subordinarse a las condiciones que al empleador le convengan, dejando de lado la libre estipulación entre las partes. Lo anterior, como consecuencia de la tasa de desempleo del país.

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2001). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Arrieta, V. d. (Enero-Junio de 2009). La constitucionalización del Derecho y su incidencia en Colombia. *Revista Pensamiento Americano*, 2(2), 65-69.
- Cerón, J. (2007). *Derecho laboral para empleados y empleadas*. Bogotá D.C.: Consejo Superior de la Judicatura.
- Chavarro, J. E., & Cortés, G. (2016). *Cartilla 2016 Laboral y Seguridad Social*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Nueva Legislación S.A.S.
- Congreso de Colombia. (6 de diciembre de 1983). Ley 51, Por la cual se traslada el descanso remunerado de algunos días festivos. *Diario Oficial*, CDXXVIII (36428).
- Congreso de Colombia. (28 de diciembre de 1990). Ley 50, Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, DCXVIII (39618).
- Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993). Ley 100. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial*, MCXLVIII (41148)
- Congreso de Colombia. (29 de enero de 2003). Ley 797. Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales. *Diario Oficial* LXXIX (45079)
- Congreso de Colombia. (12 de Julio de 2010). Ley 1393, Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se re direccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* DCCLXVIII (47768).

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Congreso de Colombia. (18 de Julio de 2017). Ley 1846, por medio de la cual se modifican los artículos 160 y 161 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial, CCXCVIII (50298)*.

Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T-406. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón*.

Corte Constitucional. (1995). *Sentencia C-521. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell*.

Corte Constitucional. (1995). *Sentencia T-149. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz*.

Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-710. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía*.

Corte Constitucional. (1999). *Sentencia SU-995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz*

Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C-781. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández*.

Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-401. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa*.

Corte Constitucional. (2008). *Sentencia T-1208. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández*.

Corte Constitucional. (2012). *Sentencia T-616. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto*.

Corte Suprema de Justicia. (1993). *Sentencia 5481. Magistrado Ponente: Hugo Suescún Pujols*.

Gómez, D. L. (2010). Análisis de la interpretación del artículo 230 de la Constitución Nacional, en las providencias de tutela de la Corte Suprema de Justicia (2007-2009). *Criterio Juridico*, 209-234.

Gomez, S. (2007). *legislación laboral teoria y practica*. Bogotá: McGraw-Hill Interamericana S.A.

González Oropeza, M. (1996). La Interpretacion Juridica en Mejico. *Isonomia*, 5, 65-76.

LEGIS S.A. (2012). *Cartilla Laboral LEGIS*. Bogotá: Legis Editores S.A.

Marx, K. (2010). *El Capital* (Vol. 1). Madrid: Siglo XXI de España Editores S.A.

¿Beneficio ocasional o perjuicio patrimonial? Una mirada crítica al alcance del poder de disposición conferido a las partes, contemplado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Marx, K. (2010). *Salario, precio y ganancia*. Mexico: Centro de Estudios Socialistas Carlos Marx.

Ministerio de Protección Social. (2008). *Concepto 11292*. Nelly Patricia Ramos Hernández

Ministerio de Trabajo. (2013). *Radicación 57156*. Myriam Salazar Contreras.

Morales, M. A. (Julio-Diciembre de 2007). El salario y la previsión social entre el derecho social y el fiscal. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 125-148.

Obando, J. M. (2007). *Derecho Laboral*. Bogotá D.C: Editorial ABC LTDA.

Ostau de Lafont de León, F. R. (2015). *El derecho internacional laboral*. Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia.

Poggi, F. (2006). Sobre razón jurídica e interpretación de Giuseppe Zaccaria. *Isonomia*, 24, 157-161.

Presidencia de la Republica de Colombia. (9 septiembre de 1950) *Decreto-Ley 2663, Del Código Sustantivo del Trabajo*. *Diario Oficial*, CDVII (27407).

Rodríguez, J. A. (2002). *El salario*. Bogotá D.C: Editorial Leyer.

Sánchez, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*(14), 317-358.

Suárez, W. (julio-diciembre de 2014). La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Vniversitas*(129), 317-351.

Villegas Arbelaez, J. (2002). *Derecho Administrativo Laboral* (Vol. Tomo 1). Bogota: Editorial LEGIS.

Wilches, C. J., & Becerra, M. L. (2007). *Derecho Laboral Individual*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Zaccaria, G. (2010). De Nuevo Sobre La Interpretación Y Los Principios Jurídicos. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 281-292.

Zuluaga, J. G., & Trejos, M. M. (2011). *El Derecho Laboral Individual*. Bogotá D.C.: Consejo Superior de la Judicatura.